

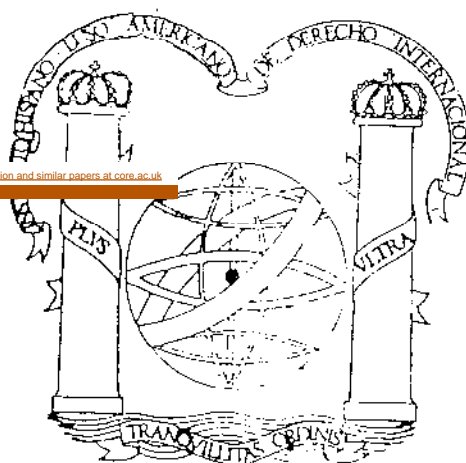
J.C. Fernández Rozas, "Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol, 8, 1987, pp. 49-74. ISBN 84-505-0087.8.

ANUARIO

HISPANO-LUSO-AMERICANO

DE

DERECHO INTERNACIONAL



8

1987



LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y LA NUEVA CONFIGURACION DEL TRAFICO EXTERNO

José Carlos FERNANDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Oviedo

- SUMARIO:**
- I. LA INCIDENCIA DE LOS FACTORES DEMOGRAFICOS EN LA REGLAMENTACION DEL TRAFICO EXTERNO: 1. El protagonismo de los particulares en las relaciones privadas internacionales. 2. Los movimientos migratorios como condicionante de la reglamentación del tráfico externo.
 - II. MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y TERRITORIALIDAD: 1. Intereses de política legislativa. 2. La dialéctica entre el *ius soli* y el *ius sanguinis*. 3. La dialéctica entre la ley nacional y la ley del domicilio.
 - III. MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y «CONFLICTO DE CIVILIZACIONES»: 1. La quiebra del principio de igualdad entre la *lex fori* y la ley extranjera. 2. El desequilibrio en el ámbito de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y extrajudiciales.

I. La incidencia de los factores demográficos en la reglamentación del tráfico exterior.

1. El protagonismo de los particulares en las relaciones privadas internacionales.

Hace treinta y cinco años, con ocasión del Primer Congreso hispano-luso-americano de Derecho Internacional, se presentó una importante ponencia a cargo del profesor J. Garde Castillo (1), en la que, tomando como punto de partida la discrepancia de las condiciones demográficas entre los Estados Europeos y los Estados Americanos, apuntaba la imposible conciliación de las legislaciones en presencia no sólo en el plano del Derecho aplicable, sino en materia de nacionalidad y de extranjería. En opinión del malogrado autor, si bien la demografía no debía condicionar de manera fatal la reglamentación de los diversos sistemas de D. I. Pr., siendo en esto partícipe del pensamiento internacionalista y universalista imperante en la época, era evidente que llevaba consigo una carga de territorialismo que no podía desconocerse. Transcurridas varias décadas, la premonición del profesor Garde no sólo se ha cumplido, sino que ha tenido la virtud de convertirse en un factor condicionante del tráfico privado externo de nuestros días.

En efecto, la doctrina tradicional ha venido considerando que el particular, la persona física, era el principal protagonista de las situaciones privadas internacionales, estando presente esta idea en las distintas etapas que han jalonado el desarrollo teórico del D. I. Pr. Baste remitirse a la labor de los glosadores, que, al preguntarse por el Ordenamiento Jurídico vigente en la comunidad del juez que conoce el litigio, se referían exclusivamente al «súbdito» de otra comunidad, esto es, al extranjero. Una posición similar se encuentra en Aldricus, quien, al precisar el supuesto social de nuestra disciplina, aludirá a una situación de la vida privada internacional, concretamente al Derecho aplicable al proceso en que litigan «*homines diversarum provinciarum, quae diversas habent consuetudines*» (2). Mas si esta concepción se justifica durante la época estatutaria debido al cuadro de las relaciones privadas imperante, también va a ser defendida por los autores clásicos. Puede comprobarse en esta dirección

(1) J. Garde Castillo, «Contribución al estudio de los factores determinantes del Derecho Internacional privado», *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, II, Madrid, 1952, pp. 463 y ss., esp. pp. 473-479.

(2) Cf. M. Gutzwiller, «Le développement historique du droit international privé», *R. des C.*, t. 29 (1929-IV), p. 301.

cómo el individuo ocupa el núcleo central del D. I. Pr. en la obra de F. C. de Savigny, dentro de su concepción del hombre como «poliedro jurídico» (3); en el marco del amplio legado que nos dejó este autor debe dejarse constancia aquí de una actitud política frente al D. I. Pr., en la que se acentuaba su dimensión humana (4). En la misma órbita resulta obligado situar a P. S. Mancini, al haber tenido el mérito de señalar que, en todos los sistemas de «conflictos de leyes», la persona humana es el polo magnético alrededor del cual se organizan y se concentran los derechos (5); idea que también encontramos en el pensamiento de A. Rolin, para quien la cuestión a la que trata de responder el D. I. Pr. no es otra que la generada por «la presencia del hombre dentro de un ámbito sometido a competencia territorial extranjera» (6), en P. Fiore (7), en E. Frankenstein (8), etcétera.

(3) De acuerdo con este autor, el objeto directo e inmediato regido por la norma jurídica es la persona; ante todo la persona en su existencia general como sujeto de todos los derechos; después, la persona, en cuanto por sus actos libres constituye en la mayor parte de los casos las relaciones de Derecho o contribuye a formularlas. Vid. R. D. Kollewijn, «Quelques considerations a propos de la doctrine de Savigny», *Nederlands Tijdschrift voor International Recht*, vol. XV, 1968, pp. 237-258; M. A. Ciuro Caldani, «Savigny y el Derecho internacional privado», *Revista de Ciencias Sociales* (Chile), núm. 14, 1979, pp. 755-771.

(4) Cf. M. Aguilar Navarro, *Derecho Internacional privado*, vol. I, t. I, 4.^a ed., Madrid, Secc. Publ. Univ. Complutense, 1976, p. 281. Este tema es abordado con mayor extensión por el citado autor en su estudio «Savigny y los problemas del Derecho Internacional privado actual», *Anuario del Centro de Estudios Universitarios*, 1946-47, pp. 81 y ss.

(5) P. Lepaulle, «Les réalités sociales es le droit international privé», *Travaux com. fr. dr. int. pr.* (1966-69), París, Dalloz, 1970, p. 22.

(6) A. Rolin, *Principes de droit international privé, et applications aux diverses matieres du Code Civil*, t. I, París, 1897, pp. 5-56.

(7) Según este autor, el individuo puede considerarse sometido a la ley bajo un triple aspecto. «La ley, en efecto, determina primeramente el estado y las calificaciones de la persona, su condición y capacidad jurídicas; establece, en segundo lugar, cuáles son los derechos de que es capaz el individuo en sus relaciones con las cosas, encargándose de regularizar su ejercicio; y determina, por último, cuáles son los actos del individuo que tienen valor jurídico...» De ahí que al admitirse que el individuo pueda ejercitar su actividad fuera de los límites de su propia nación «puede ser considerado como sometido a diversas leyes bajo diferentes aspectos» (Cf. P. Fiore, *Derecho Internacional privado*, t. I, 2.^a ed. (versión española de A. García Moreno), Madrid, F. Góngora, 1889, p. 46).

(8) Para E. Frankenstein coexisten en el mundo numerosos sistemas jurídicos. Dichos sistemas «sont créés par des hommes, règlent les rapports mutuels des hommes et sont appliqués par des hommes. Toutes les difficultés du droit international privé ne proviennent que de ceci qu'en des cas déterminés des hommes appliquent les principes d'un ordre juridique qui, selon la conception d'autres hommes, ne devraient pas leur être appliqués» (Cf. «Tendances nouvelles du droit international privé», *R. des C.*, t. 33 (1930-III), pp. 278-279).

Esta visión puede justificarse desde el punto de vista histórico en base a la influencia liberal burguesa imperante en el continente europeo en el siglo pasado, donde se sentaron las sólidas bases de nuestra disciplina que hemos heredado. Y ello no fue casual. Como puso de relieve M. Aguilar Navarro, ello fue debido a una serie de factores, entre los que cabe hablar de la versión comercial y económica de las cosas existentes en aquellos años, el tono sagradamente privado de la libertad, la preponderancia de los intereses patrimoniales, la caracterización marcadamente contractual del Derecho, etc. Indudablemente dichos factores propiciaron «el sentido social y humano que inspiró a muchos autores del Derecho Internacional Privado» (9).

Sin embargo, este planteamiento tradicional comenzó a modificarse por el juego de varios acontecimientos acaecidos durante el presente siglo, que se han agudizado en los últimos años. Entre ellos, y muy singularmente, cabe hablar de un aumento cuantitativo de los particulares como «agentes jurídicos» de las relaciones privadas internacionales o, si se quiere, de una «socialización» del D. I. Pr. en orden a sus participantes. Estos no van a proceder ya de determinados círculos sociales (comerciantes, aristocracia, alta burguesía...), sino que van a surgir de otros estratos en función de tres factores principales:

En primer lugar, resulta obligado referirse a la generalización de los movimientos internacionales de mano de obra iniciados en el siglo XIX en dirección a América y en el XX en dirección a Europa. Ello dio como resultado la aparición de un fuerte territorialismo, que en muchos casos supuso un giro copernicano en el tratamiento de los problemas clásicos de nuestra disciplina (10). Pero junto a estas consecuencias, también trajo consigo la aparición de nuevos ámbitos de problemas: los derivados de las relaciones laborales internacionales en función de circunstancias tales como la superpoblación de los países exportadores de mano de obra, la escasez de la misma en los países receptores, la necesidad de mantener en éstos la ley de la oferta y la demanda, o la sedentariedad de la mano de obra nacional, que se vio precisada del concurso de la procedente de otro

(9) M. Aguilar Navarro, *op. cit.*, II, p. 300.

(10) J. de Yanguas Messia, «L'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois», I.D.I., *Annuaire*, vol. 43, I, 1950, pp. 461-482.

país (11). No puede sorprender que un órgano del prestigio del Instituto de Derecho Internacional tuviese que manifestar, en su sesión de Zagreb de 1971, que «un des traits caractéristiques de notre époque est le grand nombre de travailleurs employés hors de leur pays d'origine et que l'on assiste notamment à des courants massifs de migration des travailleurs» (12). Dicho rasgo característico ha sido recogido en la doctrina española por J. M.^a Espinar Vicente a través de su encuadre sistemático dentro de nuestra disciplina (13).

En segundo término, debe insistirse en la incidencia que han tenido en el D. I. Pr. los conflictos bélicos acaecidos principalmente en Europa durante el presente siglo, por todo lo que han supuesto de desplazamiento de millones de personas fuera de su país de origen. Dichos desplazamientos, además de incrementar sustancialmente las relaciones del tráfico externo, dieron lugar a la presencia en el mismo de nuevas figuras, los refugiados y los apátridas, cuya incidencia hasta entonces había sido mínima (14). En efecto, con anterioridad a la guerra de 1914-1918, el número de estos individuos era relativamente poco relevante, pero, con posterioridad a ella, la presencia en ciertos Estados de millones de refugiados y apátridas se

(11) Cf. G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 6.^a ed., París, Dalloz, 1985, pp. 1 y ss. Dentro del coloquio de Clermont-Ferrand de la Société Française pour le Droit International, cabe retener las siguientes ponencias: R. Chioux, «Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales»; Ch. Leben, «Le droit international et les migrations de travailleurs»; A. Lyon-Caen, «La condition sociale des travailleurs étrangers et le droit international privé», *Les travailleurs étrangers et le droit international*, París, Pedone, 1979, pp. 3 y ss.; 47 y ss.; y 277 y ss. desde una perspectiva general vid. T. Ansay, «Legal Problems of Migrant Workers», *R. des C.*, t. 156 (1977-III), pp. 7-77; desde la perspectiva europea, Vid. B. Sundberg-Weitman, *Discrimination on Grounds of Nationality. Free Movements of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty*, Amsterdam, North-Holland, 1977; T. C. Hartley, *EEC Immigration Law*, Amsterdam, North-Holland, 1978; desde la perspectiva de un país de inmigración resulta de interés el folleto de C. Kennedy-Brenner, *Les travailleurs étrangers et les politiques d'immigration. Le cas de la France*, París, O.C.D.E., 1979; por último, desde la perspectiva de un país de emigración como España, destaca la documentada monografía de J. Rubio, *La emigración española a Francia*, Barcelona, Ariel, 1974, y aunque más diferida en el tiempo, la de F. Sánchez López, *Emigración española a Europa*, Madrid, CECA, 1969.

(12) I.D.I., *Annuaire*, vol. 54, II, 1971, p. 461.

(13) Vid. J. M.^a Espinar Vicente, «Los movimientos migratorios y su encuadre sistemático en el Derecho internacional privado del trabajo», *A.E.S.J.*, vol. VII, 1978, pp. 129-152.

(14) Baste recordar a título de ejemplo el asunto «Samama c. Samama», que dio origen a la *Sent del Trib. de Casación de Florencia de 24 de abril de 1881* (Vid. K. H. Nadelmann, «Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems. Nationality versus Domicile», *Conflict of Laws: International and Interstate*, La Haya, M. Nijhoff, 1972, pp. 63-67).

convertiría en una auténtica «calamidad pública» (15), de la que no sólo fue reflejo la abundante producción científica que apareció a partir de este período, sino determinados cambios legislativos generados por este nuevo fenómeno.

Por último, y el Ordenamiento español ha sido particularmente sensible a ello, es menester la referencia a los desplazamientos masivos de personas que se efectúan en las últimas décadas como consecuencia del turismo. Si la magnitud de este fenómeno ha dado origen a un importante movimiento de cooperación entre Estados, que ha cristalizado en la creación de la Organización Mundial de Turismo, también ha propiciado una importante problemática en el ámbito del tráfico privado externo, de la cual no puede permanecer ajeno el D. I. Pr. (16). Concretamente, el incremento del turismo ha supuesto una verdadera transformación del régimen de extranjería, lo cual se evidencia en planos distintos. Así, a nivel universal, se cuenta con el Convenio sobre facilidades aduaneras para el turismo, hecho en Nueva York el 4 de junio de 1954, que designa al turista como aquella «persona, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión, que entre en el territorio de un Estado contratante distinto de aquel en que dicha persona tiene su residencia habitual y permanezca en él veinticuatro horas cuando menos, y no más de seis meses, con fines de turismo, recreo, deporte, salud, asuntos familiares, estudio, peregrinaciones religiosas o negocios, sin propósito de inmigración» (17). De otra parte, debe tenerse en cuenta la situación existente en Europa a partir de una resolución en la materia contenida en el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Coor-

(15) Conférence pour la Codification du Droit International. *Actes de la Conférence*. Rapport de la Commission de nationalité, vol. I, p. 38. Vid. M. O. Hudson, «The First Conference for the Codification of International Law», *A.J.I.L.*, vol. 24, 1930, pp. 447-467, esp. pp. 450-453; H. Miller, «The Hague Codification Conference», *ibíd.*, pp. 674-693, esp. pp. 678-681; J. Koster, «La nationalité à la Conférence de la Haye pour la codification de droit international», *Revue de droit international privé*, 1930, pp. 412-443 y 599-620.

(16) M. Vieira, «Turismo y Derecho Internacional», *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*; Caracas, Facultad de Derecho de la Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 369-376; M. Bogdan, «Admission of Foreign Tourists and the Law of Nations», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 37, 1977, pp. 87-106.

(17) Este Convenio fue ratificado por España el 18 de agosto de 1958 (*B. O. E.* 25-XI-58); existe un Protocolo adicional de la misma fecha relativo a la importación de documentos en materia de propaganda turística. Vid. el estado actual del Convenio en *Traités Multilatéraux pour lesquels le Secrétaire Général exerce les fonctions de dépositaire*, Naciones Unidas, 1979, pp. 300 y ss. sobre su incidencia en el Derecho interno resulta de interés la nota de A. Robles Álvarez de Sotomayor, «El Derecho turístico», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 921-931.

peración en Europa de Helsinki de 1975 (18). Pero al lado de esta transformación, el fenómeno estudiado ha tenido la virtud de aumentar los supuestos del tráfico privado externo; baste citar el establecimiento masivo en ciertos países como España de la denominada «segunda vivienda» (19).

Dichos acontecimientos han dado lugar, indiscutiblemente, a un importante proceso de «humanización» que afecta a nuestro Ordenamiento a través de la normativa internacional de derechos humanos. Los cambios en su estructura social no han afectado a la esencia del D. I. Pr., que continúa residiendo en la reglamentación de la condición de los individuos y de sus relaciones jurídicas en la vida internacional. Puesto que los Estados han asumido la responsabilidad del cumplimiento de los derechos del hombre, todas las normas de este Ordenamiento, principalmente en lo que atañe a su interpretación y aplicación, deberán ser acordes con los documentos internacionales en la materia. Ningún interés del Estado podrá justificar la violación de los derechos del hombre; y, al mismo tiempo, resultará inadmisibles que, en nombre de una ideología, el sentido de las palabras sea tergiversado y, por esta vía, vaciados de contenido los principios (20); pensemos, por ejemplo, en la repercusión de Convenios tales como el de la edad mínima para contraer matrimonio, el de la nacionalidad de la mujer casada, etc.

2. *Los movimientos migratorios, como condicionante de la reglamentación del tráfico externo.*

Si ponemos en relación las consideraciones anteriores con el fenómeno migratorio, podremos comprobar que se asiste en la

(18) Ministerio de Asuntos Exteriores de España, *Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, Acta Final, Helsinki, 1975*, Madrid, O.I.D., 1976, pp. 48-49 y 58; se alude aquí al fomento de las visitas turísticas a los Estados participantes en la Conferencia «estimulando la prestación de los servicios adecuados y la simplificación y aceleración de las formalidades necesarias relacionadas con dichas visitas».

(19) El tema ha generado unas consecuencias en los supuestos del tráfico privado externo, tales que han repercutido en los trabajos preparatorios sobre administración de sucesiones de la XII Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado. Vid. Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Douzième session*, 2 au 21 octobre 1972, t. II, Administration des successions, La Haya, 1974, pp. 10-12. El tema se planteó en la *Sent. de la Aud. Territorial de Granada de 12 febrero 1975* («Swinkels c. Swinkels») a propósito de la sucesión de un apátrida con domicilio en Irlanda y segunda residencia en España.

Vid., asimismo, M. P. Andrés Sáenz de Santa María, «Nota a la *Sent. de la Aud. Prov. de Madrid de 23 de octubre de 1973*», *R.E.D.I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 196 y ss., esp. pp. 200-201.

(20) Cf. R. Bistricky, «Droit international privé et droits de l'homme», *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Ginebra, Georg, 1979, pp. 66-67.

actualidad a un aumento cualitativo y cuantitativo de las relaciones del tráfico externo. Las estadísticas son, a este respecto, inexorables. Si nos centramos en el continente europeo como área geográfica de acogida, podremos observar que en él están establecidos veinte millones de emigrantes, es decir, más de un 15 por 100 de la población activa, de los que un 40 por 100 procede del tercer mundo, con la consiguiente nota diferencial étnica. Dicha nota, pese a ser el Continente europeo el lugar donde existe un mayor respeto a los derechos del hombre, se ha traducido en una hostilidad que adquiere formas diversas de racismo y que se está plasmando en normas jurídicas y en prácticas judiciales, lo que no deja de ser preocupante. No se trata aquí de valorar las actitudes políticas de ciertos líderes nacionalistas, muy cercanas, en ocasiones, a ideologías de extrema derecha, sino de tomar como punto de partida determinadas leyes que se han dictado en Europa occidental en los últimos tiempos, sobre todo en el ámbito de la extranjería y en el de las condiciones de empleo, que sólo pueden recibir el calificativo de infames en función de la maldad ética que contienen (21). Es cierto que dichas leyes son una secuela de las crisis económicas de 1973 y de 1978, mas determinadas medidas que en ellas se adoptan difícilmente encuentran justificación, incluso desde la perspectiva constitucional. Ciertamente, el principio constitucional de igualdad ante la ley no incluye a los

(21) En el caso de Bélgica, cabe referirse a la Ley de 15 diciembre 1980 (*Vid.* F. Rigaux, *Le nouveau statut administratif des étrangers. Loi du 15 décembre 1980*, Bruselas, Larcier, 1981; R. Vander Elst, «La condition civile des étrangers selon la loi du 15 décembre 1980», *Revue du Notariat belge*, 1981, pp. 355 y ss.; E. de Diesbach, *L'étranger devant la loi belge*, 3.^a ed., Bruselas, Bruylant, 1981; S. Moureaux y J. P. Lagasse, *Le statut des étrangers en Belgique*, Bruselas, Larcier, 1982; «Commentaire et texte de la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers en Belgique», *Revue communale de Belgique*, 1981, pp. 174-201) y, más recientemente, a la Ley de 28 junio 1984 relativa a ciertos aspectos de la condición de los extranjeros e instituyendo el Código de la nacionalidad belga (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 755-770). Por lo que respecta a Francia, la normativa restrictiva arranca de la Ley de 10 enero 1980 (*Ibid.*, 1980, pp. 136-139; *Vid.* los siguientes comentarios: D. Turpin, «La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980», *Ibid.*, pp. 41-57; M. Simon-Depitre, «La conditions des étrangers en 1980», *Jour. dr. int.*, t. 108, 1981, pp. 255-276; J. Georgel, «La réforme du statut des étrangers en France», *Das Europa der zweiten Generation*, vol. II, 1981, pp. 807-827) y se consolida posteriormente pese a que la elección de F. Mitterrand como Presidente de la República fue considerada como «la promesse d'une ère nouvelle» por numerosos emigrados (*Vid.* D. Turpin, «Le nouveau régime juridique des étrangers en France: changement et continuité», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 26-58; M. Simon-Depitre, «La condition des étrangers en 1981 et 1982», *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 5-60; A. C. Evans «Immigration Law Reform in France», *J.C.L.Q.*, vol. 32, 1983, pp. 516-522); entre las disposiciones más recientes nos encontramos con la Ley de 17

extranjeros (22), pero determinadas facultades que se conceden a la Administración, o la restricción de ciertas libertades públicas, vulneran claramente las normas fundamentales del Estado de acogida. El hecho de que, en el caso español, a partir de lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (23), el Defensor del Pueblo haya recurrido al Tribunal Constitucional en función de las restricciones que contiene en materia de derecho de reunión o de asociación, y en relación con la posibilidad de internamiento hasta cuarenta días, pone de manifiesto la dureza de las medidas que contiene. Medidas que, por otra parte, son similares en los países de Europa occidental, si bien en España, al menos, han sido objeto de denuncia, estándose a la espera de un pronunciamiento del aludido Tribunal Constitucional.

Las discriminaciones no concluyen, sin embargo, con el examen de las Leyes generales de extranjería. La existencia en los países miembros de las Comunidades Europeas de la libre circulación de personas introduce un nuevo tratamiento diferencial en el emigrante, en función de su cualidad de «súbdito» comunitario. Asistimos, de este modo, a una dualidad de regímenes en cuya filosofía está el recelo al emigrante del tercer mundo. Volviendo al caso español,

julio 1984, relativa a la modificación de la Ordenanza núm. 45-2658, de 2 noviembre 1945 y del Código de trabajo y referente a los extranjeros establecidos en Francia (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 735 y ss. con comentario de M. Simon-Depitre); Decreto núm. 84-1078, de 4 diciembre 1984 (*Journ. dr. int.*, t. 112, 1985, pp. 527-531). La práctica de la República Federal de Alemania se recoge en A. Lupone, «Il trattamento dello straniero nella Repubblica Federale Tedesca», *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XVIII, 1982, pp. 542-573. En relación con el proceso legislativo seguido en Suiza y el rechazo de la Ley de extranjería de 19 junio 1981. *Vid.* P. Moore Y. Hofstetter, «Les autorisations et décisions de police des étrangers», *Les étrangers en Suisse*, Lausana. Université de Lausanne, 1982, pp. 29-53 y, sobre el proceso de elaboración de la reglamentación restrictiva resulta de utilidad el trabajo de A. Macheret, «Vers une Nouvelle législation sur les étrangers en Suisse», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 96, 1977, pp. 265-283; en lo que concierne a las actividades profesionales *Vid.* E. Wolf, «Rapport sur le traitement des étrangers en Suisse par rapport aux nationaux, en ce qui concerne l'accès aux professions et l'acquisition de propriété», *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (1961-1962)*, t. XIV, París, Dalloz, 1965, pp. 482-492. Una referencia al sistema de los Países Bajos se recoge en Ko Swan Sik, «The Netherlands Law of Aliens», *N.Y.I.L.*, 1970, pp. 247-267, y en J. J. Van der Ven, «Remarques sur le droit du travail et la discrimination illégitime aux Pays-Bas», *Rev. int. dr. comp.*, 1969, pp. 117-122; A. C. J. de Rouw, «Some aspects of the Right to Leave and to Return with Special Reference to Dutch Law and Practice», *N.Y.I.L.*, 1981, pp. 45-72.

(22) *Vid.* M. Fernández Fernández y A. Arce Janariz, «Valoración constitucional de la autorización de residencia: el tratado y la ley en el artículo 13, 1.º de la Constitución», *Revista Jurídica Española "La Ley"*, núm. 1.156, 1985, pp. 1-6.

(23) *B. O. E.*, 3-VII-1985.

esta situación puede comprobarse si se compara el régimen general previsto en la referida Ley Orgánica 7/1985 y, sobre todo, en su Reglamento de aplicación (24), con el régimen especial que disfrutaban los «súbditos» comunitarios en función del Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo (25).

En definitiva, las soluciones adoptadas por los países europeos de acogida de emigrantes procedentes del tercer mundo se caracterizan por su carácter contradictorio en función de la distinción que efectúan entre extranjeros «ricos» y extranjeros «pobres». Las medidas asimilacionistas coexisten con las de expulsión, produciéndose un caos burocrático en el que el más perjudicado es el segundo tipo de no nacional. Pero, en cualquier caso, la filosofía inspiradora de gran parte de estas normas trata de dar respuesta a un cálculo ponderado entre las diversas opciones de las denominadas migraciones «lentas» y migraciones «rápidas». Las previsiones más optimistas contemplan en los países industrializados europeos una población para el año 2025 superior a treinta y cinco millones de personas que proceden de Africa, es decir, que de cada ocho habitantes europeos, uno procedería de este Continente. Prescindiendo del inevitable cambio cultural que se producirá en Europa, es indudable que el fenómeno generará unas consecuencias jurídicas que demostrarán bien a las claras que el «conflicto de civilizaciones» pondrá punto final a aquellas doctrinas que aún propugnan el carácter neutro y aséptico del D. I. Pr. (26).

No es menester, sin embargo, referirse al futuro. En la actualidad existen nuevos problemas a los que nuestro Ordenamiento tiene que dar una respuesta y que son consecuencia directa de la emigración. Por citar un ejemplo concreto, baste referirse al fenómeno de la «segunda generación de emigrantes». Esta categoría, de indudable incorrección jurídica, es ilustrativa de la situación que experimenta un gran número de personas que, si las ponemos en relación con un país concreto, por ejemplo, España, abarcaría categorías diversas: en primer lugar, los jóvenes hijos de emigrantes que permanecen en el país de origen y los que han regresado a éste (que, en principio, no suscitan especiales problemas del D. I. Pr.); en segundo lugar, los nacidos de matrimonio entre español/a y un extranjero/a, que, desde la perspectiva del país de acogida, ostenten a partir de su nacimiento

(24) R. Decreto 1.119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (*B. O. E.*, 12-VI-86).

(25) *B. O. E.*, 11-VI-86.

(26) Recuérdese la tesis mantenida por M. Gutzwiller, «Le développement historique du droit international privé», *R. des C.*, t. 29 (1929-IV), pp. 291 y ss.

la nacionalidad de éste; por último, los jóvenes naturalizados en el país de acogida que poseen una nacionalidad distinta de la de los padres. Tomando como referencia los últimos dos grupos de personas, podremos comprobar, desde la perspectiva del Ordenamiento español, que, con independencia del lugar de nacimiento y con independencia de su nacionalidad, presentan dos rasgos comunes. De un lado, el contar al menos con un progenitor español que reside en el extranjero por razones de emigración. De otro lado, el poseer un estatuto jurídico escindido entre España y el país de acogida de su progenitor. Esta es, a nuestro entender, la delimitación que debe efectuarse respecto al ámbito personal de la que hemos denominado «segunda generación de emigrantes».

Que el problema preocupa al legislador es algo que se comprueba con la lectura del artículo 11, 3.º, de la Constitución española, en cuyo inciso último se consagra una nueva institución, inexistente hasta la fecha en nuestro Ordenamiento, que es la denominada «doble nacionalidad automática» (27). No es el momento de señalar la

(27) Que el entronque entre nacionalidad y movimientos migratorios implícito en el artículo 11, 3.º de la Constitución española no es una mera especulación doctrinal, se ha demostrado en ciertos supuestos de la práctica española. Acaso el más ilustrativo arranque de una pregunta presentada el 7 de marzo de 1980 por un grupo parlamentario para su contestación oral en el Pleno del Congreso de los Diputados por el Gobierno, relativa a la privación de la nacionalidad española a emigrantes españoles naturalizados en Australia. En dicha pregunta se denunciaba la actuación del Cónsul General de España en Sydney, quien ignorando lo dispuesto en el artículo 11, 3.º *in fine* de la Constitución, procedió a convocar a los españoles naturalizados en aquel país (recuérdese que Australia es un país de atracción de emigrantes y que concede amplias facilidades para adquirir allí la nacionalidad) para obligarles, ignorando, asimismo, lo dispuesto en el artículo 11, 2.º de nuestra norma fundamental, a una renuncia expresa, bien a la nacionalidad española, bien a la australiana. En su respuesta, realizada catorce meses más tarde, el Ministro de Asuntos Exteriores defendió la actuación del Cónsul en términos ciertamente vagos e imprecisos aludiendo, a modo de cortina de humo, a cuestiones generales sobre emigración que no se suscitaban en la pregunta y evitando, en todo caso, entrar en el tema. Ha sido una lástima que se haya desaprovechado esta ocasión para dar de una vez por todas una solución jurídica a los interrogantes que suscitaba el citado artículo 11, 3.º (*Vid.* los materiales de los debates parlamentarios en J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Derecho Internacional Privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 63-70, así como la *Res. D.G.R.N. de 21 de marzo de 1979*, *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.163, 1979, pp. 98-99). Y ha sido una lástima porque el desarrollo de este precepto constitucional ha sufrido una serie de inadmisibles recortes tanto a través de la nueva redacción del artículo 23, 1.º del C.C., reformado por la Ley 51/1982, como, sobre todo, por la *Instrucción D.G.R.N. de 16 de mayo de 1983* (*B. O. E.*, 20-V-83; *Vid.* nuestra crítica en «Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre nacionalidad española», *Anuario del Derecho Civil*, t. XXXVI, 1983, pp. 1.299 y ss., esp. pp. 1.316-1.317). Sobre la institución de la «doble nacionalidad automática» puede consultarse nuestro curso, «La reforma del Derecho español de la nacionalidad», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1983, pp. 137 y ss., esp. pp. 220-227).

naturaleza y el alcance de esta institución. Tan sólo apuntar que es una consecuencia directa de los movimientos migratorios y que suscita nuevos problemas de D. I. Pr., como, por ejemplo, el de la determinación de la ley personal. En efecto, si proyectamos la institución en el sistema español, y en concreto en el artículo 9, 9.º, del Código Civil, podremos apreciar que su inserción en una norma publicada cuatro años antes y en otro contexto resulta cuanto menos compleja. Como es sabido, el precepto 9, 9.º, distingue tres supuestos de doble nacionalidad: las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas o en los tratados internacionales, las hipótesis de conflicto entre la nacionalidad española y otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales y, por último, la situación del que ostente dos o más nacionalidades, no siendo ninguna la española. Pues bien, la «doble nacionalidad automática» debe quedar referida a una de las dos primeras situaciones, comenzando aquí la incertidumbre. Si admitimos que la nacionalidad española se configura como una «nacionalidad fuerte», la segunda hipótesis del precepto, es decir, estar a la nacionalidad española, pudiera ser la vía adecuada: si el español que adquiere la nacionalidad extranjera por razón de emigración ejerce, desde el punto de vista de nuestro Ordenamiento, la nacionalidad española a todos los efectos (derechos públicos, protección diplomática, etc.), parece que en materia de «estatuto personal» lo más lógico es que siga sometido a la ley española. Ahora bien, si procedemos a un examen del contenido de la «doble nacionalidad automática» y lo ponemos en relación con lo dispuesto en el artículo 42 de nuestra norma fundamental (deber del Estado de proteger los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero), tendremos que admitir que la salvaguardia de los derechos del emigrante español fuera de España se consigue de un modo más eficaz aplicándole a su «estatuto personal» la ley del lugar en el que tiene situado su «centro de vida», es decir, la ley de la residencia habitual. Entre ambas hipótesis, y con independencia de que el artículo 9, 9.º, del Código Civil precise una urgente revisión, parece preferible, en nuestra opinión, subsumir la institución estudiada en la primera hipótesis del precepto (28), tanto más por cuanto que tal institución está «prevista en las leyes españolas» (art. 11, 3.º, de la C. E. y art. 23, 1.º, del C. C.) y, en ausencia de tratado, debe ser «preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida».

El razonamiento expuesto queda, sin embargo, sometido a

(28) J. C. Fernández Rozas, en J. D. González Campos y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, vol. I, Oviedo, Ojanguen, 1984, pp. 23-24.

reserva y no constituye otra cosa que una interpretación forzada que trata de conciliar dos normas surgidas en dos momentos históricos distintos. Sirva en todo caso el ejemplo para dejar constancia de una manifestación del fenómeno migratorio en un sistema de D. I. Pr. que no lo ha tenido en cuenta y como aquél obliga a su transformación.

II. Movimientos migratorios y territorialidad.

1. *Intereses de política legislativa.*

Desde la perspectiva de los países de acogida interesa el examen de los diversos sistemas jurídicos en presencia, debiendo retenerse en este punto un dato importante: que el emigrante puede residir en países cuyo Ordenamiento pertenezca a la misma familia jurídica de su Estado de origen, pero también puede residir en países cuyo Derecho sea radicalmente diverso. La exclusividad competencial de la *lex fori* para la ordenación de los supuestos en que intervengan emigrantes da como resultado un marcado particularismo, cuyas principales manifestaciones las podemos encontrar tanto en el enfrentamiento entre los países continentales y los del «common law» como, señaladamente, en el existente entre países desarrollados y países en vías de desarrollo. Si tomamos en consideración la diversidad en las técnicas de producción normativa, podremos observar que la coordinación de sistemas, en función de los distintos intereses en presencia, es ciertamente difícil, lo que explica los limitados avances de la codificación internacional. Mas los problemas no concluyen aquí. El particularismo suscita la cuestión de la diferente aplicación e interpretación de los conceptos y de las categorías jurídicas por parte de los Tribunales, lo cual se hace mucho más intenso cuando en el supuesto está presente un emigrante; y a ello hay que añadir la importante presencia del correctivo del orden público. Por citar un ejemplo concreto, la *Sent. Trib. de Apelación de París de 21 de junio de 1962* (29) descartó la aplicación de la ley argelina en relación con la guarda de un menor, pese a ser la pertinente en el caso, según el D. I. Pr. francés, en base a que las normas del foro eran «aplicables en ausencia o a pesar de las disposiciones de la ley nacional, por una razón de orden público francés...». A este respecto, la aparición de las normas materiales imperativas en los supuestos relativos a la protección de menores, cuando alguno de los progenitores

(29) *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, pp. 123-124 y nota de J. Foyer, pp. 52 y ss.

sea trabajador emigrante, no es más que una manifestación de un interés de política legislativa.

Puede adelantarse, en este contexto, que la emigración ha sido uno de los factores que ha propiciado la denominada «crisis» del estatuto personal (30), dentro del cual quedaban incluidas tradicionalmente instituciones tales como la protección de los menores. El enfrentamiento entre la tradicional concepción privatista, puramente aséptica, que en el plano del D. I. Pr. se traducía en la presencia exclusiva de normas de conflicto y esta moderna tendencia expansiva de las normas materiales imperativas es un hecho que se registra, en ningún caso de forma casual, a partir de los años cincuenta y del que no son ajenos los movimientos migratorios. Pero junto a estas técnicas tradicionales de protección frente al emigrante extranjero existen otras más sutiles aparecidas en distintas etapas históricas. Baste referirse aquí a dos dialécticas íntimamente conexionadas: la relativa al *ius soli/ius sanguinis* y la derivada del enfrentamiento entre la conexión domiciliar y la ley nacional, a las que prestaremos atención en las páginas siguientes. Antes, sin embargo, resulta obligada la referencia a un ejemplo de la práctica, que, a pesar de tener aparentemente una relevancia menor, muestra con toda su crudeza la incidencia del territorialismo en la regulación del tráfico externo en función de los movimientos migratorios. Nos referimos a la ley aplicable al nombre de las personas físicas.

Si alguna institución ha sido de indiscutida inclusión en el «estatuto personal» ha sido la del nombre de las personas físicas. A partir de este dato, la generalidad de los países de la Europa continental están a la aplicación de la ley nacional. Dicha ley rige, como es sabido, el régimen del orden de los apellidos, que en este área geográfica registra un marcado particularismo. Pues bien, en Bélgica se ha seguido tradicionalmente esta solución como muestra la doctrina de sus autores (31) y ciertos precedentes jurisprudenciales (32). No obstante, la masiva emigración de españoles a este país ha producido una práctica burocrática tendente a ignorar la ley española (que prescribe la existencia de dos apellidos, paterno y materno) y aplicar directamente la belga (que sólo contempla el apellido paterno). Esta

(30) Vid. sobre el particular, H. Batiffol, *Una crisis del estatuto personal*, Valladolid, Cuad. de la Cátedra James B. Scott, 1968.

(31) Vid. por todos F. Rigaux, *Droit international privé*, t. II, Bruselas, Larcier, 1979, pp. 244-246 y bibliografía allí citada.

(32) Señaladamente, la *Sent. Trib. Civil de Lieja de 13 de febrero de 1976* («Prats y Perelló»), *Journ. dr. int.*, t. 106, 1979, pp. 170-171; J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Materiales...*, cit., pp. 256-257.

situación, particularmente lesiva para los españoles residentes en Bélgica, aconsejó a un diputado español formular al Gobierno, el 13 de enero de 1981, una serie de preguntas en torno a las dificultades por parte de emigrados españoles en aquel país para el establecimiento de su identidad. A juicio de este parlamentario, como consecuencia de la diferencia entre las regulaciones del nombre en España y en Bélgica, se producían situaciones incongruentes, como la doble identidad, o sea, un nombre y apellido en el Registro belga y otros distintos en el Registro español, o el no reconocimiento por parte de las autoridades españolas de la denominación adquirida en Bélgica, e inversamente, el no reconocimiento por las autoridades belgas de los apellidos obrantes en el Consulado correspondiente. No es el momento de valorar ahora los términos en que la citada pregunta al Gobierno fue formulada—ciertamente deficientes desde el punto de vista técnico—, aunque debe resaltarse lo encomiable de la iniciativa. Tampoco de analizar críticamente la respuesta del Gobierno (33). Sirva tan sólo de ejemplo de una defensa de las instituciones de un país de acogida frente a una emigración masiva, pese a la vigencia de una norma de conflicto claramente establecida. Como pusiera de relieve la *Sent. Trib. Civil de Bruselas de 9 de junio de 1956*, «... la legislación belga relativa al apellido es aplicable tanto a los extranjeros como a los belgas, la estabilidad del apellido es esencial tanto para el buen funcionamiento del estado civil como para el mantenimiento del orden en el seno de la sociedad...» (34). La territorialidad de las normas registrales belgas no tiene, en los términos transcritos, justificación alguna. Cosa distinta sería si se refiriesen a la situación de las familias cuyos miembros no tengan la misma nacionalidad, más concretamente, cuando uno de ellos sea nacional belga y la residencia esté fijada en este país (35). Aquí sí tendría justificación la territorialidad con independencia de la nacionalidad del niño, al cual

(33) B.O.C.G., 9-II-81. Vid. J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Materiales...*, cit., pp. 257-259.

(34) *Ibíd.*, p. 257; Vid. P. Graulich, *Principes de droit international privé*, París, Dalloz, 1961, p. 67.

(35) F. Rigaux, *op. cit.*, pp. 245-246. Rechazamos categóricamente la crítica que nos ha dispensado J. Verhoeven acerca de que la práctica expuesta, aunque afecte a «des intérêts espagnols ne permet pas de les considérer pour autant comme représentative du droit international privé belge actuel» (Cf. *Rev. belge dr. int.*, vol. XVII, 1983, p. 950). Se trata de acentuar la discriminación a la que se han visto sometidos nuestros compatriotas al margen del Derecho en vigor (Vid. J. C. Fernández Rozas, «Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado español», *R.E.D.I.*, vol. XXXIII, 1981, pp. 597-624).

podría aplicársele el régimen de atribución del nombre previsto por la ley del domicilio común. La proyección de los intereses que trata de tutelar el Estado, debido a la existencia de un nacional belga en la relación, pueden ser tan poderosos que primen sobre lo que debiera ser la regla de base, es decir, la norma de conflicto. Mas la territorialidad absoluta aplicable a la totalidad de los inmigrantes debe descartarse, o al menos paliarse, a través de mecanismos de cooperación internacional (36). Quede, pues, este ejemplo como relevante de la incidencia de la emigración en un sistema «clásico» de normas de conflicto que quiebra en función de los intereses del Estado de acogida y vayamos al estudio de situaciones de mayor envergadura.

2. *La dialéctica entre el «ius soli» y el «ius sanguinis».*

Dentro del ángulo de los «intereses de política legislativa» conviene precisar que los legisladores no han sido ni son neutrales a la hora de elegir entre uno de estos criterios y ello, fundamentalmente, en base a los movimientos migratorios. El hecho de que la mayor parte de los Estados americanos hayan mantenido durante muchos años una política asimilacionista los alejó radicalmente de las soluciones incluidas en los Derechos de nacionalidad de los países europeos de emigración. Es indudable que el *ius sanguinis* es un postulado que se acomoda mejor a los intereses de un país de emigración, pues a través de su empleo se intenta extender la nacionalidad a la descendencia en el extranjero de los nacionales; igualmente, y nos movemos en el tópico tradicional, el *ius soli* se justifica por el interés de los países de inmigración en ver aumentada su población. Ahora bien, íntimamente ligados a los movimientos demográficos, los intereses de política legislativa suelen dar respuesta a determinadas cuestiones de carácter ideológico (37). En concreto, los defensores del *ius sanguinis* han sostenido que es un postulado que garantiza el principio de la unidad familiar. Por último, desde una perspectiva técnico-jurídica, se ha argumentado que el empleo del *ius soli* tiene la virtud de evitar las situaciones de apatridia. Como puede obser-

(36) El caso examinado tendría una solución convencional a través del Convenio de la Comisión Internacional del Estado Civil sobre la ley aplicable al nombre y a los apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980.

(37) En general, *Vid.* M. Lozano Serralta, «La nacionalidad originaria en el Derecho español», *Información Jurídica*, 1954, pp. 217 y ss.

varse, la polémica no se halla ni mucho menos cerrada (38), lo que explica que los legisladores internos opten en la hora actual por la utilización concurrente de ambos criterios, si bien con preferencia del uno sobre el otro, según los casos.

Un examen de la práctica seguida en la actualidad por los países europeos de acogida resulta ilustrativa. Se caracteriza ésta por la incorporación de un sistema mixto en orden a la atribución de la nacionalidad, que, indudablemente, está condicionado por los movimientos migratorios. Se comprueba así cómo el *ius sanguinis* registra una menor entidad como criterio de transmisión de la nacionalidad a los hijos de los nacionales que residen fuera y cuyos hijos nacen en territorio extranjero; hoy es una realidad la máxima «la nacionalidad no se transmite de generación en generación hasta el infinito». En efecto, los distintos Derechos evitan la concesión de la nacionalidad a aquellos que se hallan desarraigados de su territorio y conectados por nacimiento y residencia en otro Estado. Ciertamente, el criterio de la filiación persiste en estos supuestos, pero se exige una declaración por parte del interesado o de sus progenitores. Algo impensable, en suma, hace pocas décadas. La regla general tiene, sin embargo, una excepción. Frente a esta situación de disminución del *ius sanguinis* se asiste a un aumento de la población a través del reconocimiento del principio de igualdad de sexos a la hora de transmitir la nacionalidad; dicho principio se ha impuesto en la práctica totalidad de los ordenamientos de los países de acogida, aunque en el caso español, si bien figura en la nueva redacción del artículo 17, 1.º, del Código Civil, ha sido interpretado restrictivamente por la D. G. R. N., en el sentido de no aplicarse con efectos retroactivos. Esta posición, totalmente inadmisible, no es otra cosa también que reflejo del país de emigración que es España: los cálculos más optimistas cifran, en caso de una aplicación retroactiva del precepto, un aumento de la población española de nacidos en el extranjero que sobrepasaría el medio millón de personas. En todo caso, de lo que no cabe duda es de que el principio del *ius sanguinis* ha perdido su protagonismo como criterio de atribución automático para los hijos de los nacionales nacidos fuera del territorio de origen cuyos padres tampoco residen en el mismo.

Ahora bien, el principio del *ius soli* tampoco actúa en la actualidad de forma tan radical como en el pasado. El mero hecho del naci-

(38) Resultan de interés las consideraciones efectuadas al respecto por E. Vendrell Ferrer, «La nacionalidad y el "ius soli"», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, páginas 977-1.007.

miento en el territorio del Estado de acogida no implica la atribución de la nacionalidad de este último. No obstante, en todos los países de acogida se ha tenido presente la necesidad de incorporar a su población a los nacidos en su territorio, hijos de padres extranjeros también nacidos en dicho territorio. El descenso de natalidad en los países de fuerte inmigración ha dado lugar, en concreto, a la introducción atenuada del *ius soli* como elemento para favorecer la concesión de la nacionalidad al nacido en su territorio mediante una simple declaración. Bien entendido que sólo se está beneficiando a los que han nacido y continúan residiendo en el territorio nacional. Puede afirmarse así que si el nacimiento por sí solo no es atributivo de nacionalidad, este hecho se tiene muy en cuenta para la obtención, en breve plazo, de la nacionalidad de dicho Estado. En suma, los ejemplos que estamos exponiendo a título indicativo no son otra cosa que consecuencias en las nuevas reglamentaciones sobre nacionalidad de los movimientos migratorios internacionales (39).

3. *La dialéctica entre la ley nacional y la ley del domicilio.*

Como es sabido, dentro de cada sistema estatal de normas de conflicto existen distintos criterios de localización de las relaciones privadas internacionales, que se justifican tanto por razones históricas como de política legislativa. Centrándonos en estas últimas, interesa observar la proyección de los movimientos migratorios en la polémica entre la ley nacional y la ley del domicilio. En efecto, la formulación de una u otra conexión no es un acto «neutro», sino que refleja los intereses del Estado en un determinado momento histórico. Los Códigos no fueron asépticos en adoptar una u otra solución: la razón de que Francia, Italia o España eligieran la ley nacional como conexión rectora del denominado «estatuto personal» obedeció, entre otras circunstancias, al hecho de ser en aquellos momentos países de emigración; de ahí que las circunstancias inherentes a este grupo de personas fuesen tenidos en cuenta por el legislador (40).

(39) Sin duda, el estudio más completo en la materia, con un equilibrado tratamiento de las legislaciones iberoamericanas y europeas en relación con la emigración, es la reciente tesis doctoral de A. Álvarez Rodríguez, *La nacionalidad del trabajador emigrante (Consecuencias en el Derecho de la nacionalidad de los movimientos migratorios internacionales)*, León, octubre de 1986 (inérita).

(40) Vid. en torno a esta polémica, B. de Magalhaes, «La doctrine du domicile en droit international privé», *R. des C.*, t. 23 (1928-III), pp. 18 y ss.; J. V. Long, «Domicil v. Nationality», *Rabels Z.*, 1953, pp. 247-262; L. I. de Winter, «Nationality or Domicile? The Present State of affairs», *R. des C.*, 128 (1969-III); E. D. Graue, «Domicil, Nationality and Proper Law of the Persons», *German Yearbook of I. L.*, vol. 19, 1976, pp. 254-277.

Tampoco es casual que la impugnación de la ley nacional y la defensa de la ley del domicilio se produzca en aquellos países tradicionalmente receptores de extranjeros, en un intento de evitar los inconvenientes legales de los nuevos núcleos de población (41). Este dato es particularmente relevante en la obra de J. P. Niboyet, pues ésta no puede desvincularse de dos hechos: en primer lugar, el período de crisis económica que caracterizó el período de entreguerras y, en segundo término, que en aquellos momentos Francia era un país receptor de contingentes masivos de extranjeros y de refugiados (42); el nacionalismo a ultranza de este autor hace que el interés del Estado se imponga a cualquier otra consideración y, en consecuencia, que defienda la aplicación domiciliar para los extranjeros establecidos en Francia.

Consideraciones similares cabe extraer del círculo de países iberoamericanos: si bien la conexión «ley nacional» tuvo una cierta relevancia, en un principio, al ser recogida por el Código de Bustamante, ésta pronto dejaría paso a la conexión domiciliar, al no acomodarse a las características de países de inmigración de los Estados de este área geográfica. De ahí que el principio del domicilio se fuese abriendo paso tanto en el plano de la codificación interna como de la codificación internacional. En relación con la primera, debe dejarse constancia de que, en la práctica, la noción ha sido formulada de formas diversas: en tanto que en relación con los extranjeros que se encuentran en el Estado de acogida es suficiente un breve período para que se les considere domiciliados y, en consecuencia, aplicarles el propio Derecho, se considera que los nacionales de estos Estados siguen domiciliados en el país, incluso aunque mantengan una larga permanencia en el extranjero (43). En definitiva, que el fenómeno sociológico de la emigración juega un papel esencial en la precisión de la conexión. Como pusiera de manifiesto A. Sánchez de Bustamante y Sirvén: «Examinense los textos legales y las decisiones del Poder Judicial respecto al domicilio, y a poco que tratemos de penetrar en la mente de los autores de cada precepto o de cada sentencia, veremos que unos parecían estar pensando en ciudadanos que residían en el extranjero y otros en extranjeros residentes en el territorio nacional; que unos se acordaron demasiado de que eran países de

(41) R. D. Kollewyn, «Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale moderno», *Dir. int.*, vol. VIII, 1959, pp. 508-525.

(42) P. Louis-Lucas, «Territorialisme et nationalisme dans l'oeuvre de J. P. Niboyet», *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1951-52 et 1953-54)*, París, 1955, pp. 11 y ss.

(43) Cf. J. Samtleben, «El territorialismo de leyes en América latina», *Primer Seminario nacional del Derecho Internacional Privado*, México, UNAM, 1979, página 185.

inmigración numerosa y variada y otros no tuvieron en cuenta esta circunstancia, y que unos y otros fueron inevitablemente los instrumentos de tradiciones jurídicas y de convicciones científicas y prácticas variadas y a veces opuestas» (44).

Asimismo, los intereses estatales se observan en la codificación internacional al producirse un rechazo de ciertos criterios acuñados en el continente europeo. Ilustrativo de ello es la actitud de reserva de los Estados iberoamericanos ante la propuesta de P. S. Mancini para la colaboración en una regulación internacional del D. I. Pr. En efecto, si se examinan los textos de la práctica internacional, y se ponen en relación con el fenómeno migratorio, puede observarse el temor de estos países respecto de la aproximación a las técnicas jurídicas europeas por poder afectar aquélla la independencia nacional y los principios de la propia legislación. La inserción del domicilio como conexión dominante en los Tratados de Montevideo, en cuanto a la determinación de la ley aplicable respecto al estado y a la capacidad de las personas, es sumamente ilustrativa.

Por último, y ya en el continente europeo, resulta obligado hacer referencia a los proyectos suizos de D. I. Pr. de 1978 y 1982. Si hasta estas fechas el sistema helvético guardaba un cierto equilibrio entre la ley nacional y la ley del domicilio, a partir de estos textos parece que esta última conexión va a desplazar totalmente hacia la primera; tendencia ésta que, por otra parte, se registra en la jurisprudencia más reciente. En efecto, las experiencias realizadas en aplicación de los artículos 7 a) a 7 i) de la Ley de 25 de junio de 1891 demostraron reiteradamente que «le rattachement à la nationalité» no convenía de ningún modo a la estructura social y sociológica suiza (45). En definitiva, detrás de las conexiones que contienen los referidos proyectos no hay una mera especulación doctrinal; está una inequívoca toma de posición del legislador, que juega no solamente con los criterios de su propio sistema, sino con las conexiones existentes en otros países de su entorno y, concretamente, de los generadores de movimientos migratorios.

(44) A. Sánchez de Bustamante y Sirven, «El domicilio y el conflicto de leyes», *Revista de Derecho Internacional*, t. XIV, 1934, p. 212.

(45) Cf. F. Knoepfler, «Le projet de loi fédérale sur le droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, p. 40. Sin embargo, la defensa absoluta del principio del domicilio no es unánime en la doctrina helvética. Vid. B. Dutoit, «L'avenir possible du rattachement à la loi nationale en droit international privé suisse», *Ann suisse. dr. int.*, vol. XXVI, 1969-70, pp. 41-64.

III. Movimientos migratorios y «conflictos de civilizaciones».

1. *La quiebra del principio de igualdad entre la lex fori y la ley extranjera.*

El D. I. Pr. clásico ha otorgado, a partir de la obra de P. S. Mancini, una respuesta contundente respecto al eventual enfrentamiento entre las leyes extranjeras reclamadas por la norma de conflicto y el Derecho del foro. El principio de igualdad, en efecto, se erigió como uno de los denominados «principios de construcción» del sistema (46). Ciertamente siempre ha existido una fuerte tendencia hacia la aplicación prioritaria de la *lex fori*, dentro de lo que A. Nussbaum denominase «homeward trend in the Courts» (47), pero sin que dicha circunstancia supusiera al menos, insistimos, en el terreno de los principios, una quiebra de la regla general. Los movimientos migratorios han tenido la virtud de alterar esta situación. En efecto, los progresos técnicos y los intercambios internacionales no han con-

(46) W. Wengler, «Les conflits de lois et le principe d'égalité», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 205 y ss.; E. Vitta, «Il principio dell'eguaglianza tra 'lex fori' e diritto straniero (Con particolare riguardo al sistema italiano di diritto internazionale privato)», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 1.578-1.665.

(47) A. Nussbaum, *Principles of Private International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1943, pp. 37-38, trad. esp., Buenos Aires, Dapalma, 1947, pp. 45-46. En la misma dirección J. M. Bischoff mostró, en relación con el sistema francés de D. I. Pr., que la ampliación de las competencias de la ley del foro obedecía a dos métodos diversos: uno, basado en el desarrollo de las normas que declaran competente la ley del foro cuando se trate de hechos que tienen una vinculación de especial intensidad en el territorio francés, y otro, consistente en favorecer sistemáticamente el Derecho francés al establecer una preferencia de la ley francesa a partir de la norma de conflicto, concretamente, con el recurso generalizado al orden público (*Vid. La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, París, I.G.D.J., 1959, pp. 21 y ss.). Por su parte, W. Wengler manifestó que por criticable que fuera la tendencia hacia la preferencia sistemática de la *lex fori* no era factible en el estado actual de la sociedad internacional ver en dicha tendencia una violación del Derecho de gentes (*Vid. «The General Principles of Private International Law»*, *R. des C.*, t. 104 (1961-III), pp. 430-442). Esta posición se encuentra también reflejada en la obra de G. Van Hecke (*Vid. «Principes et méthodes de solution des conflits de lois»*, *R. des C.*, t. 126 (1969-I), p. 414). En la doctrina española resulta obligado referirse a las aportaciones de E. Pérez Vera (*Vid. «El Derecho del foro ante el método de atribución: reflexiones en torno a su juego prioritario»*, *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Univ., 1970, pp. 917 y ss.) y de J. A. Carrillo Salcedo, quien propugna una solución de equilibrio en base a las exigencias de la cooperación internacional (Cf. «Le renouveau du particularisme en droit international privé», *R. des C.*, t. 160 (1978-II), p. 225).

seguido lograr una uniformidad del Derecho, subsistiendo enfrentadas diversas familias jurídicas respecto de las cuales se proyecta en la actualidad el denominado «nivel de civilización». Las leyes, como es sabido, son un reflejo de las civilizaciones y el admitir en un Estado una ley extranjera viene a implicar no sólo su reconocimiento, sino el reconocimiento del nivel de civilización que dicha ley representa; en las relaciones entre Estados que poseen una civilización similar, la cuestión no se suscita, pero la situación cambia cuando el grado de civilización es muy diferente. El tema ofrece toda su agudeza en los países europeos de acogida de trabajadores procedentes del Continente africano y, singularmente, con una institución muy concreta: el matrimonio poligámico (48). Parece como si el secular enfrentamiento entre «Estados civilizados» y «Estados bárbaros», característico del *ius publicum* europeo, conservara aún toda su eficacia en el ámbito del D. I. Pr. Si, como expresara H. Batiffol, nuestro Ordenamiento debe ser un «Derecho de la tolerancia», el mejor conocimiento del Derecho extranjero en relación con la civilización en el que está inserto es una necesidad que se impone para el logro de una normal convivencia jurídica entre los pueblos (49).

Dicho enfrentamiento ha adquirido en los tiempos actuales una nueva dimensión. Se encuentra también presente, aunque con una formulación menos tajante, entre el nivel de civilización existente en los distintos Ordenamientos jurídicos de Europa occidental. Por más que nuestro país haya realizado en los últimos tiempos un extraordinario proceso de reformas sociales sobre bases democráticas y no tener nada que envidiar a cualquier otro país de su área en la dimensión de los derechos humanos, tal cambio aún dista mucho de ser reconocido, con la consiguiente repercusión en las relaciones del tráfico externo. A este respecto, se ha afirmado recientemente, desde

(48) P. Mercier, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Ginebra, Droz, 1972; C. Cardami, «La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (Etude juridique et historique)», *R. des C.*, t. 60 (1937-II), pp. 507-650; P. Gannage, «La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales», *R. des C.*, t. 164 (1979-III), pp. 347-423; M. Taverne, *Le droit familial maghrebin (Algerie-Maroc-Tunisie) et son application en Belgique*, Bruselas, Lancier, 1981; J. Zamora, «El Derecho Internacional Privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España», *R.D.P.*, 1982, pp. 111-124.

(49) H. Batiffol, «Quelques précisions sur le domaine de l'exception d'ordre public», *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri*, Milán, Vita e Pensiero, 1978, pp. 34 y ss. Estas ideas han sido desarrolladas en la doctrina española por J. Zamora, *loc. cit.*, p. 124.

la perspectiva francesa, que una emigración procedente de Bélgica, Italia o la R. F. de Alemania no suscita ningún problema en orden a un eventual conflicto de civilizaciones, pero que la situación es muy distinta cuando ésta proviene de países tales como Polonia, España, Yugoslavia o Portugal, por contar dichos Estados (*sic*) con una «culture partiellement différenciée» (50). Que esta posición se registre en el ámbito doctrinal puede, si no justificarse, al menos comprenderse en base a una determinada ideología que en modo alguno compartimos. Lo grave es que tenga reflejo en la jurisprudencia y que dé lugar a una discutible entrada de normas materiales imperativas. En efecto, durante los años sesenta se ha justificado desde el punto de vista técnico el empleo, en base a consideraciones de orden público, de este último tipo de normas con una vaga alusión a «intereses comunitarios», que, con frecuencia, solapaban una actitud de recelo hacia el nivel de civilización del Derecho extranjero reclamado. Sin entrar en consideraciones de justicia material, resulta ilustrativa la *Sent. Trib. de Distrito de Amsterdam de 17 de octubre de 1967*, acaso uno de los máximos exponentes de la tesis que apuntamos. A juicio del Tribunal,

«En principio, las relaciones paterno-filiales se rigen por la ley nacional... No obstante, las disposiciones legales holandesas sobre pérdida de facultades derivadas de la patria potestad no admiten la aplicación en contrario de una ley extranjera. De hecho, estas disposiciones legales afectan no sólo a los intereses de los hijos, sino también a los intereses de la comunidad holandesa en general, que se hallan fuertemente implicados» (51).

Acaso sea este el momento de ceder a la fascinación de la novedad técnica que representó el razonamiento transcrito, en una época de euforia del denominado «pluralismo metodológico» y de indagar por la *ratio* del fallo. Que el supuesto no sea equiparable a otro suscitado ante los Tribunales franceses y que involucraba nacionales españoles, en función del evidente estado de abandono del menor (52) y a otros similares mucho más famosos (53), no es óbice para

(50) C. Labrusse, «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1975-1977), París, C.N.R.S., 1979, p. 118.

(51) *N.T.I.R.*, 1971, pp. 99-100 y nota de J. P. Verneul.

(52) *Sent. Trib. Apelación de París de 28 de abril de 1967* («Viuda de Rodríguez»), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, pp. 446 y ss. y nota de J. Foyer.

(53) Nos referimos, naturalmente, al asunto que dio origen a la *Sent. del T.I.J. de 28 de noviembre de 1958 en el asunto relativo a la aplicación del Convenio de 1902 para regular la tutela de menores —caso Boll—* (Países Bajos c. Suecia), *C.I.J.*, *Recueil*, 1958, pp. 55 y ss. *Vid.* la bibliografía que figura en J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Materiales...*, cit., p. 275.

desconocer que en muchos de estos casos existía en evidente prejuicio nacionalista en función del nivel de civilización del Ordenamiento al que se reclamaba la norma de conflicto. Si la protección de la parte débil, y en el caso del emigrante este calificativo resulta del todo pertinente, es una expresión de la orientación social que debe caracterizar el D. I. Pr. de nuestros días; precedentes como los que hemos señalado no tienen ningún encaje y deben rechazarse.

2. *El desequilibrio en el ámbito de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y extrajudiciales.*

La práctica judicial y extrajudicial en el ámbito del tráfico externo registra, asimismo, una fuerte incidencia del referido «conflicto de civilizaciones», llegando en ocasiones las autoridades a condicionar los mecanismos de la cooperación internacional, incluso aunque descansen en tratados suscritos por el país de acogida y el de origen del emigrante. El supuesto planteado por el *Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada, de 28 de septiembre de 1985*, es un claro ejemplo de respeto a los mencionados mecanismos. Se trataba de un emigrante español que había contraído matrimonio en Suiza, del que nació un hijo; tras una serie de desavenencias conyugales, el juez suizo decretó el divorcio, otorgando la custodia del menor a la madre. Disconforme con el fallo, en el ejercicio del derecho de visita, el emigrante se trasladó con su hijo a España. No obstante, el mecanismo de la cooperación internacional funcionó. Con base en el Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, de 20 de mayo de 1980, la autoridad española devolvió al niño a Suiza sin especiales exigencias para la madre (54). No existió por parte española ningún prejuicio nacionalista. Tampoco cabe apreciar una actitud de recelo en uno de los asuntos más polémicos de la jurisprudencia española en los últimos años: el caso «Bornes c. Fuentes Bobo», objeto, entre otras decisiones, de la *Sent. T. S. (Sala primera) de 8 de abril de 1975* (55). Un resumen de los hechos registra lo siguiente: una noruega y un español contrajeron matrimonio en Oslo, del que nació un hijo; posteriormente, la esposa interpuso demanda de separación ante los Tribunales noruegos, consiguiendo la custodia del niño y, como

(54) Vid. sobre el problema S. Álvarez González, «Secuestro internacional de menores y cooperación internacional: la posición española ante el problema», *Poder Judicial*, diciembre 1986, n.º 4, pp. 9-32.

(55) *Col. Leg. Jurisp. Civ.*, marzo-abril 1975, núm. 153.

quiera que su marido se había ausentado de Noruega con su hijo, intentó ejecutar la sentencia en España. Tal ejecución fue denegada, pero le fueron concedidas a la madre medidas provisionales tendentes a la custodia del hijo, si bien compartidas con los abuelos paternos; curiosamente, tres meses después tal concesión fue anulada por el Juzgado, por lo que la señora Bornes interpuso nueva demanda, esta vez en España, solicitando la nulidad de su matrimonio y, de nuevo, la patria potestad. Tras un accidentado proceso, el T. S. declaró la nulidad del matrimonio y, en aplicación del por entonces vigente artículo 70 del C. C., estimó que el hijo debía quedar al cuidado de la madre hasta que cumpliese los siete años. Una vez en poder del fallo, la señora Bornes se trasladó de nuevo a Noruega con su hijo, donde, al amparo de la sentencia del Tribunal noruego, quedó con la completa patria potestad, ignorando, lógicamente, la sentencia española cuando el niño superó los siete años.

Ejemplos como los referidos no son, sin embargo, la tónica habitual en los países de acogida cuando una de las partes implicadas es emigrante. Precisamente en el caso «Bornes», la sentencia noruega no tuvo en cuenta los argumentos del padre, que al parecer eran defendibles. La práctica es, a este respecto, abundante, mas acaso hable por todos el asunto «Suárez Nieto c. Bastier», abordado por la *Sent. Trib. de Grande Instance de Toulouse de 5 de junio de 1984*. Se trata también de un problema de guarda de menores, derivada de un divorcio entre una española y un francés. El Tribunal, con evidente desconfianza hacia la parte española, y desconociendo sus razones, concedió la guarda al padre, y a la madre un derecho de visita que incluía los períodos de vacaciones, con la prohibición expresa de trasladar a sus hijos fuera de Francia sin la autorización del padre. Tal prohibición fue impugnada por la madre ante la Juez de Asuntos Matrimoniales de la misma localidad, toda vez que al ser España y Francia partes del antes referido Convenio europeo, la devolución de los menores, en caso de negativa, quedaba garantizada. Sin embargo, la existencia del mecanismo convencional no fue considerada suficiente, exigiéndosele a la madre para levantar la prohibición la presentación del *exequatur* de la sentencia divorcio pronunciada por el Tribunal Supremo español. Este requisito, aparentemente aséptico, no lo era tanto en la práctica. Los trámites del *exequatur* en España duran, con mucha fortuna, más de un año y el resultado es incierto cuando existe por medio una decisión de divorcio. En definitiva, que el derecho concedido a la madre es una decisión del año 1984 y sólo se podrá poner en práctica tres o cuatro años más tarde, con el consiguiente desarraigo de los hijos respecto de aquélla. El

mecanismo de la cooperación no ha funcionado en este caso, pues en el fondo de las dos decisiones francesas ha estado presente la consideración de «civilización parcialmente diferenciada» que existe en nuestro país respecto de Francia.

Son, como puede observarse, nuevas manifestaciones del cambio en las bases sociales del D. I. Pr., a las que, con su formulación clásica y aparentemente neutra, éste no otorga soluciones de justicia material. Incluso la panacea de la «cooperación internacional» ha fracasado en virtud de la acción de los Tribunales internos. Si, como se ha dicho, nuestro Ordenamiento debe proteger a la parte débil, la práctica se muestra reacia a llevar este propósito a término. El previsible incremento de los movimientos migratorios en los próximos años obliga a variar esta actitud de jueces y legisladores y, en todo caso, exige reforzar los mecanismos de la cooperación internacional para dotarles de eficacia plena. Es un reto que se impone a los juristas de la inmediata generación y al que deben responder con soluciones flexibles para estos nuevos protagonistas del tráfico externo, que cuentan con un estatuto jurídico escindido entre varios países.